

LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Mario Castillo Freyre *

SUMARIO:

1. *Los orígenes de la Ley de la Garantía Mobiliaria*
2. *La Ley de la Garantía Mobiliaria*
3. *Principales problemas de la Ley de la Garantía Mobiliaria*
 - 3.1. *Problemas en torno a la constitución de la garantía*
 - 3.2. *Problemas respecto del perfeccionamiento de la garantía*
 - 3.3. *Problemas vinculados a la ejecución de la garantía*
4. *Conclusiones*

1 LOS ORÍGENES DE LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

No cabe duda de que uno de los elementos fundamentales a efectos del otorgamiento del crédito es la certeza o seguridad de que el deudor honrará su deuda.

En ese sentido, esa certeza o seguridad nunca se alcanzará plenamente, ya que en verdad ningún acreedor es dueño del futuro.

Sin embargo, es propósito del Derecho que ese grado de certeza o seguridad sea el mayor posible.

No cabe duda de que una obligación puede merecer para un acreedor un alto grado de confianza en su futuro cumplimiento, tan sólo por las características, condiciones y cualidades del deudor.

Con ello queremos decir que habrá casos en los cuales al acreedor no le cabrán dudas de que su deudor le pagará la obligación asumida, en consideración a la fiabilidad de la palabra empeñada y a su solvencia patrimonial.

Pero debemos reconocer que ello no será así en la mayoría de los casos, habida cuenta de que en las sociedades contemporáneas será difícil tener un conocimiento previo y personal de todo aquél con quien uno contrate.

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

Es así que, independientemente de la información que uno pueda obtener de aquél con quien uno va a contratar, generalmente resultará indispensable la constitución de garantías que aseguren, lo más posible, que el deudor va a honrar su deuda.

Fernando Cantuarias, Nuria De la Peña y Heywood W. Fleisig describen esta situación.¹ Así, señalan que quienes participan en los mercados crediticios cuentan con información asimétrica. El deudor conoce su verdadera situación y el destino del crédito; el prestamista o acreedor, en cambio, tiene que adivinarlos.

El prestamista o acreedor se enfrenta, entonces, con un riesgo moral: puede estar convencido de la confianza depositada en el deudor cuando le otorga un préstamo por un monto pequeño, pero puede temer un comportamiento distinto si le otorga un crédito de mayor envergadura.

El acreedor –agregan los autores citados– se enfrenta con un problema de selección adversa; esto es, no puede compensar totalmente el riesgo mayor por medio de tasas de interés más altas, porque si un deudor acepta pagar tasas más altas, puede estar ocultando la magnitud de su compromiso en un proyecto muy arriesgado o, peor aún, puede ocurrir que no tenga la intención de pagar los intereses ni el crédito.

El esquema descrito no sólo afecta al acreedor sino también al deudor, quien se encuentra con dificultades para convencer al prestamista de que va a pagar el crédito; el prestamista se encuentra con la incertidumbre de saber si el deudor pagará o no el crédito.

Resaltan los autores mencionados que las medidas que podría adoptar el prestamista conllevarían, de no existir la figura de la garantía, al otorgamiento de créditos por montos pequeños a altas tasas de interés, a plazos de pago cortos, a individuos conocidos. Si, por el contrario, la ley permite al deudor ofrecer, efectivamente, bienes en garantía, el resultado es un mercado crediticio más eficaz. «Si el deudor privado puede ofrecer bienes en garantía del crédito, al mismo tiempo puede obtener préstamos por montos más elevados, a plazos de pago más largos y a tasas de interés más bajas».²

¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Nuria DE LA PEÑA y Haywood W. FLEISIG. *Trabas legales al crédito en el Perú: Garantías Mobiliarias*. Lima: UPC, 2000, pp. 28 y 29.

² *Ibid.*, p. 30.

En ese marco, el sistema de garantías debería surgir, tal cual se puede apreciar, como un mecanismo que tenga por finalidad otorgar al acreedor el elemento seguridad.

Siguiendo este razonamiento se puede sostener que con las garantías se busca otorgar certeza al acreedor y, consecuentemente, restablecer el equilibrio en su relación crediticia.

El esquema que acabamos de delinear es algo más complejo si consideramos –como se hizo en el Documento de Trabajo del Ministerio de Economía y Finanzas: Facilitando el Acceso al Crédito mediante un Sistema Eficaz de Garantías Reales– que el acceso al crédito tiene dos componentes. Por un lado, quién accede al crédito, por otro, en qué condiciones accede.

El primero de los componentes se encuentra vinculado a la confianza que genera el deudor como tal. Sin importar qué tan buena sea la garantía que éste ofrezca, si el acreedor no tiene confianza en él, por conocer –por ejemplo– que es un mal pagador, lo más probable es que no le preste dinero.

El segundo de esos componentes se encuentra vinculado, a su vez, a dos condiciones que debe reunir el deudor y que también han sido señaladas en el Documento de Trabajo mencionado:

1. Solvencia, es decir, demostrar capacidad de pago; y
2. Una garantía que asegure la recuperación del monto adeudado.

Lo anterior, entonces, hace que podamos afirmar que, a grandes rasgos, las garantías permiten al acreedor reducir el riesgo de incumplimiento por parte del deudor, asegurando la recuperación del monto prestado a este último.

Introduciéndonos en su función, además de la certeza o seguridad que aportan, debemos destacar que, en principio, las garantías reducen los costos del acreedor, quien podrá centrar su vigilancia sobre el bien o conjunto de bienes que han sido gravados y no sobre todo el patrimonio del deudor. Asimismo, esa reducción de costos se manifiesta gracias al derecho oponible que otorga la garantía al acreedor, lo que le concede, como correlato, un derecho preferente y persecutorio sobre el bien objeto de la garantía.³

La Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677, publicada en el Diario

³ GARCÍA MONTÚFAR SARMIENTO, Juan Felipe. «El sistema de garantías: Actualizando nuestra visión». En: ¿Por qué hay que cambiar el Código Civil? Lima: UPC, 2001, p. 275.

Oficial «El Peruano» con fecha miércoles 1 de marzo de 2006, y vigente desde el 30 de mayo de 2006, representa un intento por brindar un marco jurídico adecuado para las garantías sobre bienes muebles, evitando la dispersión de las diversas prendas especiales que existían antes de esta ley.

Como sabemos, el sistema anterior a la vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, permitía la constitución de dos tipos de garantías reales que se distinguirían en función de la clasificación de los bienes recogida por nuestro ordenamiento jurídico. Así, sobre los bienes inmuebles se constituía –y se sigue constituyendo– hipoteca, y sobre los bienes muebles se constituía prenda.

La hipoteca es una garantía que únicamente se constituye sobre bienes inmuebles, de acuerdo a la clasificación contenida en el artículo 885 del Código Civil. Debido a la naturaleza del bien que grava esta garantía, la misma no implica la desposesión del bien afectado, sino su inscripción en el registro público pertinente, de donde se sigue que uno de los requisitos para la validez de la hipoteca es que ésta se inscriba en el correspondiente registro público de propiedad.

La prenda, en cambio, se constituía sobre los bienes muebles mencionados en el artículo 886 del Código Civil. En este mismo cuerpo normativo, así como en otras normas especiales, se regulaban la constitución, los elementos, los requisitos de validez, las características y la extinción del contrato de prenda, además de los derechos de las partes involucradas en la relación jurídica.

Una diferencia importante entre ambos tipos de garantías reales era que la prenda, pese a poder constituirse mediante la entrega jurídica del bien que ha sido gravado para asegurar el cumplimiento de la obligación principal, solía constituirse mediante la entrega física de aquél, debido –como es evidente– a la naturaleza del bien objeto de la garantía.

Además, conviene señalar que una característica particular de la hipoteca, que la diferenciaba de la prenda, era que para constituirla se requiere necesariamente de escritura pública. No basta, por consiguiente, con un contrato simple, sino que se requiere la intervención de un notario. Por lo demás, es claro que la hipoteca y la prenda con entrega jurídica no guardaban mayores diferencias.

En general, quienes promovieron la dación de la Ley de la Garantía Mobiliaria, identificaban tres problemas que restaban eficacia a las garantías, los cuales podían distinguirse en función de la etapa en la que dichos problemas se manifestaban:

- Problemas en la constitución de las garantías.
- Problemas en el rango de prioridad y el sistema de publicidad.
- Problemas en la ejecución de las garantías.

El primero de los problemas –aduce la mayoría de críticos de nuestro sistema– se encuentra vinculado a los altos costos que supone constituir una garantía en el Perú, además de no promover que los bienes muebles sean revalorizados y, en consecuencia, a través de ellos los sujetos puedan acceder al crédito. En tal sentido, una de las dificultades que han sido comúnmente destacadas es que el sistema de garantías en el Perú restringe el acceso al crédito al valor de los bienes inmuebles que se pudieran ofrecer como garantías.⁴

El segundo de los problemas planteados, se ubica en lo que se conoce como perfeccionamiento de la garantía, manifestándose en la falta de seguridad que tiene el acreedor garantizado respecto de su rango de prioridad o, por fallas en la publicidad, en su incertidumbre respecto a si el bien ya se encuentra gravado.

Gran parte de estas dificultades tenían como origen la caótica legislación con la que se regulaban las diversas garantías especiales que integraban nuestro sistema.

Según los promotores de la Ley, en el Perú, antes de la entrada en vigencia de la Ley de la Garantía Mobiliaria, teníamos diecisiete registros en los que podía inscribirse una garantía; a saber:

1. Registro de Valores representados por anotaciones en cuenta.
2. Registro de Prenda Agrícola.
3. Registro de Prenda de Motores.
4. Registro de Prenda Industrial.
5. Registro de Derechos Mineros.
6. Registro Fiscal de Ventas a Plazos.
7. Registro Predial Urbano (incorporado al Registro de la Propiedad Inmueble).
8. Registro Especial de Predios Rurales (incorporado al Registro de la Propiedad Inmueble).
9. Registro de Naves.
10. Registro de Aeronaves.
11. Registro Vehicular.
12. Registro de la Propiedad Inmueble.
13. Registro de Prenda Global y Flotante.
14. Registro de Marcas.
15. Registro de Patentes.
16. Registro de Derechos de Autor.
17. Registro de Embarcaciones Pesqueras.

Según subrayan los propulsores de la Ley de la Garantía Mobiliaria, cada uno de estos registros, algunos de propiedad y otros de garantía, tenía sus propias reglas y requisitos; y al no encontrarse interconectados, se creaba el riesgo de que un mismo bien fuese inscrito en más de un registro. El ejemplo más claro era que un

⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Nuria DE LA PEÑA y Haywood W. FLEISIG. *Op. cit.*, p. 15.

vehículo automotor podía ser, al mismo tiempo, objeto de prenda vehicular y de una prenda global y flotante.

En lo que respecta a la ejecución de garantías, es por todos conocido que la misma se caracterizaba por ser lenta y onerosa, acrecentando los riesgos del acreedor de no recuperar el monto que le era adeudado.

Según indicaban los promotores de la Ley, la ejecución muchas veces absorbe más tiempo que la vida económica de la gran mayoría de bienes muebles, convirtiendo a éstos en objetos de garantías que se deprecian hasta llegar sin ningún valor al momento de la recuperación forzosa de un préstamo.⁵

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto tradicionalmente dos formas de realizar la ejecución forzada de los bienes para satisfacer las obligaciones: la ejecución judicial y la ejecución extrajudicial; esta última requería ser pactada contractualmente y sólo procedía tratándose de la prenda y no de la hipoteca. Pero, ese pacto de ejecución extrajudicial, pese a ser admitido en el Código Civil para la prenda, no se encontraba debidamente recogido por la legislación aplicable a las diversas prendas especiales.⁶

Ahora, la Ley de la Garantía Mobiliaria, además de la venta extrajudicial y la venta judicial, permite el pacto comisorio.

Es verdad que son varios los esfuerzos que se han realizado en los últimos años en el Perú, a fin de modificar y mejorar nuestro sistema de garantías.

La Ley de la Garantía Mobiliaria se ha construido sobre la base de lo desarrollado por Fernando Cantuarias, Heywood W. Fleisig y Nuria De la Peña en su trabajo *Trabas legales al crédito en el Perú: Garantías mobiliarias*, naturalmente, con numerosas modificaciones.⁷

Los citados autores sostienen que los problemas legales e institucionales en el uso de bienes muebles como garantía para préstamos, restringen el acceso al crédito para operaciones rentables y para negocios agrícolas en vías de crecimiento, limitando con ello tanto el acceso al crédito bancario como la oferta de crédito comercial. Lo anterior, afirman, implica un perjuicio para todos los ciudadanos, ricos y pobres, que se ven forzados a pagar un precio muy alto en pérdida de oportunidades.⁸

Como respuesta a esa problemática, propusieron un programa de reforma al marco de garantías reales mobiliarias, mismo que, repetimos, ha sido tomado como

⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁶ Portal de Transparencia Económica. En: <http://transparencia-economica.mef.gob.pe/faq/garantia/garantia2.asp>

⁷ *Ibid.*, p. 14.

⁸ *Ibid.*, pp. 18 y ss.

base para la elaboración de la Ley de la Garantía Mobiliaria, que ha significado la derogatoria de toda la normatividad del Código Civil en lo que respecta a la prenda.

Según los referidos autores, dicha Ley tiene las siguientes características:⁹

- La ampliación de la constitución de garantías para incluir todas las operaciones de crédito y tipos de bienes y acreedores.
- El establecimiento de un único rango de prioridad de acreedores a partir de un registro simple de aviso de garantía.
- La modernización de dicho sistema de registro sancionando un sistema de archivo de avisos de garantía.
- Reducir los costos y aumentar la celeridad en la ejecución de las garantías, incentivando la ejecución extrajudicial y validando el pacto comisorio.
- El establecimiento de un Archivo Electrónico de Garantías, a efectos de ofrecer un sistema eficiente para el registro de avisos de garantías sobre bienes muebles.
- La sanción de regulaciones técnicas que establezcan estándares técnicos universales, para permitir competencia en la provisión de servicios de registro y para facilitar el acceso público a la información.

Debemos admitir que los comentarios formulados por dichos autores resultan acertados en diversos aspectos, no obstante lo cual no podemos dejar de subrayar que en su afán por construir una respuesta jurídica acorde con las necesidades económicas, su planteamiento, al igual que el de la Ley que en él se inspira, ha menospreciado la importancia de la seguridad jurídica.

El análisis económico en base al cual se orienta el pensamiento de los abogados que en los últimos años se han preocupado por este importante tema, ha preterido el tema de la seguridad jurídica a un segundo plano, otorgándole preeminencia a la celeridad y a la aparente reducción de costos (la misma que, por cierto, no necesariamente se va a producir). Lo real, sin embargo, es que un sistema en el cual no se brinde seguridad es un sistema altamente costoso, pues los intereses de los sujetos involucrados no son tutelados de manera idónea, lo que a la larga perjudica a todos, incluido el sistema mismo.

Necesitamos de un sistema equilibrado, en el cual debe primar la seguridad jurídica. Asimismo, estamos convencidos de que la modificación del sistema de garantías reales debió partir de la comprensión de que dicho sistema debía proteger los intereses de todos los involucrados. No se podía ni debía establecer una legislación que favoreciera a unos en perjuicio de otros.

En tal sentido, coincidimos con Verónica Ferrero Díaz¹⁰ cuando afirmaba

⁹ *Ibid.*, pp. 23 y 24.

¹⁰ FERRERO DÍAZ, Verónica. «Los riesgos de una nueva ley de garantías mobiliarias». En: *Advocatus*, n.º 9, p. 384.

que se requería de un estudio empírico que identifique a los diferentes actores del mercado crediticio peruano y que analice cómo es que realmente se comportan. Y agregaba que es importante asegurarse que todos los intereses de los actores involucrados han sido evaluados y analizados durante el proceso de discusión y redacción de una nueva norma que regule las garantías mobiliarias. Lo cierto, no lo olvidemos, es que son muchos los intereses que deben ser considerados, los cuales abarcan, entre otros, tanto a quienes financian como a quienes son financiados.

En este cuadro resulta indispensable tomar en cuenta a los pequeños acreedores y a los acreedores involuntarios, quienes usualmente no tienen influencia durante la elaboración de políticas regulatorias. De no ser considerados todos estos actores –según anota Ferrero Díaz– estaremos corriendo el riesgo de implementar un marco normativo que favorezca solamente a algunos grupos, dejando de atender el impacto global que estas normas podrían causar y olvidando la meta última, esto es, generar un beneficio social y facilitar, de manera sostenida, el acceso al crédito.

2. LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

El 13 de mayo de 2003 se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» el Proyecto de Ley de la Garantía Mobiliaria.

Según se aprecia del Dictamen que lo precedía, el propósito de este Proyecto era el de establecer un marco legal e institucional para las garantías reales y, con ello, vencer los obstáculos que enfrentan los agentes económicos.

Como fue expresado oportunamente, el referido Proyecto se convirtió en Ley el 1 de marzo de 2006 y rige desde el 30 de mayo de ese mismo año. La Ley de la Garantía Mobiliaria brinda un tratamiento a las garantías sobre bienes muebles. Para tal efecto se orienta a crear dos registros; a saber:

Por un lado, el Registro Mobiliario de Garantías, en el que se inscribirán los bienes mobiliarios por los que se otorgarán documentos negociables que podrán ser utilizados como garantía para acceder al crédito.

Por otro, un Registro Mobiliario de Contratos, que será utilizado para inscribir los actos jurídicos que recaigan sobre bienes muebles no registrados; en tanto los actos inscribibles referidos a bienes muebles registrados seguirán inscribiéndose en los diferentes Registros de Bienes ya existentes o por crearse.

De esta manera, a través de la Ley de la Garantía Mobiliaria se ha creado un Sistema Integrado de Garantías y Contratos.

Ahora bien, como se desprende del Dictamen de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, la Ley pretende solucionar los problemas que ha generado el sistema de garantías mobiliarias, el mismo que tuvo

como gran protagonista a la prenda.

Tales problemas, a decir del Dictamen, eran los siguientes:

- Las limitaciones inherentes de la figura de la prenda.
- La ineficiente y desarticulada regulación de su constitución, publicidad, prelación y ejecución.
- La falta de un registro único de garantías.
- Un sistema de ejecución judicial de garantías lento e impredecible, que beneficiaba al mal pagador.

Identificados los problemas, queda por preguntarnos si la Ley de la Garantía Mobiliaria constituye la respuesta adecuada al problema. Antes de ello, consideramos apropiado señalar que estamos de acuerdo con la idea de que los bienes muebles recuperen su valor; sin embargo, estamos convencidos de que es imprescindible analizar los riesgos y parámetros, de modo que ese objetivo pueda alcanzarse.

Dentro de tal orden de ideas, uno de los puntos que no podemos eludir es que –según se indica en el Dictamen que precedió al Proyecto– el gran objetivo de la Ley consiste en ampliar las formas de financiamiento, de modo tal que éste ya no estaría casi exclusivamente a cargo del sistema bancario y financiero. De este modo, uno de los fines principales que se persiguen con la dación de la citada norma es que disminuya ese 90% del mercado que manejan hoy los bancos y empresas del sistema financiero.

En lo personal, no estamos de acuerdo con esta premisa. En nuestra opinión, en el Perú debe apuntarse a la solidez del sistema financiero. En una economía sana no sólo es bueno tener bancos que funcionen bien; la idea es tener bancos sólidos. Dadas las características particulares de nuestro sistema, parte de esa economía sana implica que el crédito se concentre en el sistema financiero.

Estamos convencidos de que, dadas las condiciones de nuestro país, el sistema financiero debe seguir siendo la figura principal del mercado del crédito. Ello, por dos razones fundamentales:

Primero, porque la actividad desarrollada por el sistema financiero se encuentra minuciosamente controlada a través de la Superintendencia de Banca y Seguros, control que no existe con respecto de las personas naturales o personas jurídicas que puedan prestar dinero y que sean ajenas a ese sistema financiero.

En segundo lugar, porque en el sistema financiero existe transparencia en las operaciones, tanto en lo que concierne a las tasas de interés que se cobran a los clientes (tasas activas regidas por el libre mercado), como en los gastos que se facturan.

Si un banco presta 100 soles a un cliente, en los respectivos documentos figurará 100 soles; en cambio, cuando un particular presta 100 soles, si ese particular fuese un usurero, en el documento respectivo figurará 500 soles, pues es de esa forma que se disfrazarán los intereses usurarios.

De esta manera, las cifras que manejan las instituciones financieras son públicas para el Estado y para la sociedad, a través de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Si se elimina o reduce ese control y esa transparencia, se eliminará también el control respecto al lavado de dinero. En otras palabras, se abrirá la posibilidad de que ese tipo de actividades delictivas se vean fortalecidas. No olvidemos que en nuestro país, gracias –en gran parte– al narcotráfico y a otros actos ilícitos, el lavado de dinero representa un serio problema que resulta necesario combatir.

Si se le da la bendición al crédito fuera del sistema financiero y de los controles que ello supone, no sólo se facilitará el acceso al crédito sino también la posibilidad de blanquear dinero proveniente de actividades ilícitas.

Pero hay más, pues se está partiendo del desconocimiento de una realidad, ya que desde 1991 el Banco Central de Reserva del Perú ha establecido un régimen dual para las tasas máximas de interés.

Así, las operaciones realizadas dentro del Sistema Financiero carecen de tasas máximas, razón por la cual se rigen por la libre oferta y demanda.

Ello, a diferencia de las operaciones realizadas fuera del Sistema Financiero, para las cuales el Banco Central de Reserva ha establecido tasas máximas en función del promedio ponderado diario de las tasas activas de las instituciones del Sistema Financiero (la TAMN y la TAMEX).

De lo expresado se sigue que en el régimen legal peruano no podría darse esa competencia en el otorgamiento de crédito, por parte de entidades que no se hallan dentro del Sistema Financiero con aquéllas que sí pertenecen a dicho Sistema Financiero. Las primeras tienen topes para evitar se configure el delito de usura; las segundas no.

Además, cabe resaltar que si no hay control por parte del Estado en torno a las actividades que se dan fuera del Sistema Financiero, también se podría ver perjudicada la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), puesto que, en realidad, no se cruzaría información del movimiento de dinero – como hoy en día sí ocurre–. Se tendría que confiar en las cifras de los registros, que contienen información proporcionada por los mismos particulares, sin la seguridad que otorga el Sistema Financiero.

Si lo que se pretende es fomentar la formalidad, ésta debería ser completa. La Ley de la Garantía Mobiliaria, sin embargo, nos ofrece en la práctica una formalidad a medias, una formalidad en la que la seguridad jurídica se encuentra ausente.

Pero eso no es todo; aún son más las dudas que genera la Ley, si pensamos en las personas, naturales o jurídicas, que –en calidad de prestamistas informales– tomarían ese porcentaje del mercado que, de acuerdo al Dictamen del Proyecto que dio origen a esta Ley, ya no tendrían los bancos y las empresas financieras.

¿Qué, acaso esas personas no podrían ser usureros, personas dedicadas a abusar de la necesidad de otros, cobrándoles altos e ilegales intereses? Gracias a la Ley es muy probable que ello pueda ocurrir.

En efecto, a pesar de las buenas intenciones que subyacen a la Ley, ésta podría conllevar la legalización e institucionalización de un delito sancionado en el Código Penal: la usura.

Decimos esto, pues los usureros tendrán la posibilidad de utilizar en su beneficio la Ley y los mecanismos que aquélla establece. Así, podrían seguir prestando dinero estableciendo cifras distintas a las verdaderas, destinadas a ocultar intereses usurarios. Pero, de igual manera, podrían valerse de esas garantías *eficientes* y quedarse, al final, rápidamente con los bienes gracias al pacto comisorio y la subvalorización de los bienes objeto de la garantía o, incluso, a la venta extrajudicial del bien, pues la celeridad resta certeza y seguridad a la operación, evitando con ello la transparencia y el control de la legalidad de las operaciones, la misma que en estos casos es indispensable.

Es cierto que en países como Estados Unidos y Canadá existe un mercado del crédito en el cual los bancos sólo tienen el control del 40%; no obstante, no olvidemos que en esos países también existe una elevada cultura del crédito y, además, mayores instrumentos que permiten que el desarrollo de las operaciones sea lo suficientemente claro y transparente.

En nuestro país, por el contrario, la mayoría de personas le tiene miedo a los préstamos, los cuales son tomados como un último recurso, como una última opción.

La ley peruana es muy exigente con la constitución y el funcionamiento de los bancos y las empresas del sistema financiero. Ello tiene una razón de ser. Las exigencias del capital mínimo, de la evaluación de las condiciones profesionales y personales de los involucrados en el manejo de la empresa financiera no son meros caprichos del legislador. La idea que sustenta esas exigencias es la seguridad, es la protección del ahorro y de los intereses de los usuarios, además, claro está, de la protección del sistema en general.

Pero no sólo debemos preocuparnos de los usureros, sino también de empresas como la extinta CLAE. Quien presta dinero fuera del sistema financiero, no lo hace con menos intereses que un Banco; esa no es la lógica que acompaña los créditos entre sujetos que no forman parte del sistema financiero.

Cabe resaltar además que mientras a los Bancos, obviamente, les interesa recuperar el dinero prestado y, por ende, ven la ejecución de la garantía como un último recurso, no suele ocurrir lo mismo cuando quien presta no es una entidad financiera. Los prestamistas o usureros, cuando prestan dinero lo hacen no sólo con la idea de recuperar el dinero prestado y sus intereses sino, muchas veces, con la idea de quedarse, al final, con el bien dado en garantía. Esto último se verá enormemente favorecido con la Ley de la Garantía Mobiliaria.

Otro aspecto a tener en cuenta es a quién va dirigida la norma. Según el Dictamen de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso, la finalidad es que los micro, pequeños y medianos empresarios puedan acceder al crédito en mejores condiciones. Sin perjuicio de ese comentario, la Ley está dirigida a toda la sociedad, pese a que ello no significa que en la práctica todos puedan verse beneficiados.

Otra de las grandes dificultades que podría acarrear esta Ley es la institucionalización del hurto, pues cualquiera podría constituir como garantía un bien ajeno, argumentando y declarando que es propio.

Estamos de acuerdo en que se necesitaba un marco legal que promoviese la transparencia y el flujo de información, que otorgue seguridad en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la ejecución oportuna de las garantías, que ofrezca un mecanismo efectivo de recuperación de deudas y de salida del mercado para empresas en problemas, un marco que reduzca los costos del financiamiento y que aumente el campo de personas que puedan ser sujetos de crédito.

Sin perjuicio de compartir esas ideas, no estamos convencidos de que la Ley de la Garantía Mobiliaria logre todos esos propósitos. Por lo pronto, ya hemos comprobado que en su afán de ampliar el acceso al crédito, reduciendo el rol que desempeñan los bancos y las empresas financieras, lo que podría lograr es restar transparencia y seguridad a las operaciones, facilitando el desarrollo de actividades ilícitas, tales como la usura, el hurto y el lavado de dinero.

Ahora bien, tras exponer las ideas principales que fundamentan la Ley de la Garantía Mobiliaria, hemos podido observar que varias de ellas resultan ser artificiosas. Pese a que las buenas intenciones se encuentran presentes, no estamos seguros de que esas buenas intenciones logren materializarse a través de los mecanismos que se han consagrado en la Ley.

Dentro de tal orden de ideas, debemos señalar que si hay algo de lo que estamos convencidos es que se imponía la necesidad de enmendar el sistema de garantías prendarias, debido a su falta de organicidad. Sin embargo, nos preguntamos si, en efecto, el tratamiento que el tema recibe en la Ley de la Garantía Mobiliaria es tan bueno como se señala en el Dictamen de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera.

Debemos admitir que el Proyecto de la Ley de la Garantía Mobiliaria se *vendió* de una manera inmejorable. Cualquiera que hubiese leído el Dictamen –que hizo las veces de Exposición de Motivos– podía llegar a convencerse de que esta Ley es la solución que todos habíamos esperado.

Así, de acuerdo al citado Dictamen, la entrada en vigencia de la Ley conllevará grandes beneficios; a saber:

- Reducción de los costos de transacción al constituir garantías mobiliarias.
- Reducción de tasas de interés.
- Garantía jurídica y seguridad económica para el acreedor, por disminución de los riesgos financieros y de integración de los registros.
- Ampliación del mercado de acceso al crédito.
- Incorporación de nuevos activos mobiliarios al mercado de garantías.
- Crecimiento y ampliación del mercado de garantías prendarias a sectores que no lo vienen utilizando.
- Inserción en la economía formal de agentes económicos que hoy se mantienen al margen de dicho mercado.
- Crecimiento de las micro, pequeñas y medianas empresas.
- Incremento de la recaudación fiscal.

Cualquiera que se limite a una lectura superficial del Dictamen y del texto de la Ley, puede concluir que, en efecto, resultaba urgente que la misma fuese aprobada y que entrara en vigencia rápidamente para que «las empresas y la ciudadanía en general tengan acceso a fuentes de financiamiento para el desarrollo de sus actividades».

No obstante, en nuestra opinión, ello no es así de sencillo. Un análisis más profundo se impone, uno en el que, en verdad, se contrasten los objetivos que, según se dice, esta norma producirá, con un examen en el que se reflexione sobre la verdadera viabilidad de esos objetivos en el marco del articulado de la Ley.

Insistimos, estamos de acuerdo en fomentar el acceso al crédito, por supuesto que sí, pero no a cualquier costo; no a costa de preterir la seguridad jurídica. Si olvidamos esa idea, estaríamos transitando por un terreno peligroso, de modo que existen serios riesgos de que esos hipotéticos beneficios –tan subrayados en el Dictamen–, puedan convertirse –en la práctica– en perjudiciales consecuencias.

3. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA LEY DE LA GARANTÍA MOBILIARIA

Creemos importante recordar que en todo sistema de garantías es necesario diferenciar entre la eficacia de la garantía como tal (lo que se relaciona a las particularidades del bien y a la seguridad en la constitución de la garantía); y la eficacia de la ejecución de la garantía, lo que presupone que el bien aún existe y que es susceptible de ser ejecutado y, además, que esa ejecución será celeré y segura.

Ahora bien, partiendo de esa primera idea, y por una cuestión de orden metodológico, consideramos que lo más conveniente es organizar los temas de acuerdo a los problemas que delineamos al inicio del presente artículo, de modo que podamos identificar si, en efecto, se ha avanzado en la construcción de soluciones apropiadas.

3.1. Problemas en torno a la constitución de la garantía

Con esta Ley se ha intentado *avanzar* en este campo, buscando disminuir los costos de acceso al registro. Con este objetivo se han adoptado, esencialmente, dos medidas:

Por un lado, se ha restringido la función notarial a la simple certificación de la fecha, así como a la identificación de la identidad y capacidad de los sujetos que suscriben el acto jurídico constitutivo.

Por otro, se ha limitado o atenuado notablemente la calificación registral que tiene a su cargo el registrador, de modo tal que su función podría describirse como la de un mero tramitador o como un simple recepcionista encargado de una mesa de partes.

La conjunción de ambas medidas, en nuestra opinión, consigue el efecto inverso al que las inspiró, ya que lejos de disminuir los costos de la constitución de garantías los acrecientan al restarle seguridad jurídica a esta relevante etapa, violentando, por consiguiente, la fe pública.

Dentro de cualquier ecuación en la que se determinen los costos de una operación, la seguridad jurídica representa una variable que no puede subestimarse. La legalidad del acto constitutivo no puede ni debe ser menospreciada, pues de lo contrario se posibilitaría la inscripción en registros de actos que adolezcan de vicios, lo que, en definitiva, encarece los costos al afectar no sólo a las partes involucradas sino al sistema en su conjunto.

Si no se desea sobrecargar la labor del registrador, lo lógico es que sea el notario quien asuma el control de la validez y legalidad del acto jurídico constitutivo. No olvidemos que la función notarial es un eslabón de la cadena institucional

(notarios-registradores-jueces) que genera seguridad jurídica con el fin de reducir los costos de transacción. El fundamento de la función notarial es coadyuvar, con otras instituciones, para que las personas conozcan quién es el titular de los recursos que se negocian en el mercado y sobre la base de esta información puedan tomar las decisiones que mejor se adapten a sus intereses y posibilidades.¹¹

La inseguridad jurídica a la que nos referimos se hace más notoria si consideramos que la Ley permite que el acto jurídico constitutivo de la garantía sea suscrito (firmado) únicamente por el constituyente, pese a que no es necesario que sea éste quien lleve dicho acto a Registros para su inscripción.

A lo anterior podemos agregar que un problema que acosa a nuestro sistema no encuentra una respuesta adecuada en la Ley, esto es, el relativo a la propiedad del bien gravado en garantía. Quien posee un bien mueble se presume *iuris tantum* propietario del mismo y, por consiguiente, puede constituir una garantía sobre dicho bien. Resulta evidente que ello puede generar problemas cuando quien constituye la garantía, pese a declarar que es propietario, no lo fuere.

Los mecanismos que tradicionalmente ha otorgado la legislación han probado ser insatisfactorios con respecto a esa dificultad. La Ley sigue esta misma línea.

3.2. Problemas respecto del perfeccionamiento de la garantía

Si un gran mérito tiene esta Ley, el mismo se encuentra en esta etapa, en la medida de que centra sus esfuerzos en que ese caótico escenario en el que existían múltiples registros de prendas especiales haya sido por fin ordenado.

Así las cosas, lo más destacable de la Ley es la creación de un Registro Mobiliario de Garantías y de un Registro Mobiliario de Contratos, los cuales, a su vez, han conllevado a la creación de un Sistema Integrado de Garantías y Contratos.

Dicho Sistema Integrado de Garantías y Contratos tiene la virtud de establecer reglas uniformes entre acreedores, adquirentes de derechos, embargantes, derechos del Estado y otros que pudieran tener algún tipo de interés o derecho sobre los bienes otorgados en garantía.

De este modo, se estaría dando solución a los problemas de prioridad y publicidad que hoy perjudican tanto a nuestro sistema de garantías.

La publicidad a la que nos referimos se vería favorecida con las mejoras que realiza la Ley respecto del acceso a la información. Los Archivos electrónicos y la

¹¹ GÓMEZ APAC, Hugo y Eric MIRANDA CARNERO. «Servicios notariales: ¿Precios o tarifas?» En: *Revista de Economía y Derecho*. Lima: Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Fondo Editorial UPC, n.º 7, Invierno 2005, p. 91.

posibilidad de que toda persona acceda al Registro vía Internet representarán un enorme avance en esta materia.

Si bien reconocemos los aciertos de la Ley en lo que se refiere al rango de preferencia y publicidad, nos vemos forzados a cuestionar el tratamiento que recibe la garantía mobiliaria sin desplazamiento sobre bienes no registrados.

Dicha garantía sigue sin ofrecer al acreedor mayores seguridades, pues, por más mecanismos que se quieran establecer para salvaguardar su interés, lo verdadero es que siempre correrá el riesgo de que si el deudor incumple la obligación principal, la garantía constituida a su favor no le sirva de nada pues, en los hechos, podría terminar sin nada que ejecutar.

La garantía mobiliaria sin desplazamiento que recae en bienes no registrados se presenta, entonces, como una garantía poco eficiente, ya que se encuentra sujeta al riesgo constante de que el bien se pierda, desaparezca o sea destruido, entre otras tantas posibilidades que la despojan de mayor operatividad.

Los defectos de esta figura también tienen repercusiones en lo que se refiere a las garantías sucesivas, ya que la inseguridad que generan desincentivaría a los eventuales acreedores a aceptar nuevas garantías sobre ese bien.

Algo similar ocurre con la denominada garantía preconstituida, la cual, si bien en la norma da la impresión de ser útil para tres supuestos distintos, sólo es claramente susceptible de funcionar en uno de ellos, esto es, cuando lo que se garantiza sea una obligación futura o eventual.

No quisiéramos terminar este punto sin mencionar los graves problemas que acarrearán la garantía mobiliaria general sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor (argumento del primer párrafo del artículo 4 de la Ley).

Ello, en la medida de que encarecería notablemente los costos de transacción de toda la sociedad.

En efecto, de ahora en adelante, cada vez que tengamos que recibir el pago de un deudor, tendremos que acudir a Registros Públicos y verificar en el Registro Mobiliario de Contratos si el deudor ha constituido dicha garantía.

Si no lo hiciésemos y aceptáramos el pago a ciegas, ese bien con el que nos pagaron –ahora en nuestro patrimonio– continuará gravado con garantía mobiliaria.

Por otra parte, ya en lo que respecta a la generalidad de garantías mobiliarias, se han encarecido los costos de transacción de aquellas prendas que antes se constituirán con el solo desplazamiento del bien y que no requerían inscripción registral alguna. Hoy en día, por el *mérito* de la Ley de la Garantía Mobiliaria se

tendrán que inscribir necesariamente; caso contrario, no se habrá constituido garantía mobiliaria alguna.

3.3. Problemas vinculados a la ejecución de la garantía

En el hoy derogado sistema de garantías prendarias, las reglas que regían la ejecución de garantías se sintetizaban en tres; a saber:

- La ejecución podía ser extrajudicial, si así lo pactaban las partes.
- Supletoriamente regía lo dispuesto en el Código Procesal Civil: ejecución judicial.
- No era válido el pacto comisorio.

Estas reglas daban lugar a que en la mayoría de ocasiones el acreedor garantizado debiese recurrir al Poder Judicial para ejecutar su garantía, lo que implicaba que la misma fuese lenta, costosa y, en consecuencia, ineficaz.

En la Ley ese cuadro es modificado, de modo tal que la ejecución de la garantía se regirá por las siguientes reglas:

- Supletoriamente regirá la ejecución extrajudicial.
- El pacto comisorio es válido.
- La ejecución podrá ser judicial, si así lo pactan las partes.

Resulta evidente que en la Ley se privilegia la celeridad de la ejecución, privilegiándose, asimismo, al acreedor garantizado. Por supuesto que nosotros nos encontramos a favor de ambas ideas; sin embargo, juzgamos necesario que la seguridad jurídica también sea un factor a tener en cuenta, toda vez que en el sistema no se debe favorecer injustificadamente ni al deudor ni al acreedor.

De esta manera, estamos de acuerdo en que la regla debiera consistir en la ejecución extrajudicial; no obstante, pensamos que nuestro contexto no permite que el pacto comisorio deba considerarse como una opción idónea.

En tal sentido, pensamos que hubiese sido preferible que la ejecución extrajudicial se realice únicamente a través de la venta del bien, la misma que, a fin de otorgar mayor seguridad, debería realizarse a través de una subasta administrativa (a través de un ente encargado de supervisar la ejecución de las garantías –la SUNARP–).

De ese modo, el acreedor no podría aprovechar la falta de control de la autoridad para cometer algún abuso en contra del deudor. Además ello facilitaría que, de haber acreedores con mejor rango, el dinero producto de la venta sea, en efecto, consignado a favor de esos otros acreedores.

4. CONCLUSIONES

Por último, debemos señalar que más allá de las críticas que hemos realizado, no podemos dejar de resaltar los avances significativos que representa esta Ley respecto del antiguo sistema de garantías prendarias. Sin perjuicio de ello, no podemos obviar tampoco los defectos de los que adolece la Ley, los mismos que deben ser enmendados para que ésta logre cumplir con las metas que orientaron su elaboración.

En un sistema de garantías debe primar la seguridad. Asimismo, la idea sobre la cual debe construirse es que tanto el interés del deudor como el del acreedor garantizado son dignos de tutela, lo que implica que no se debe privilegiar arbitrariamente a uno sobre el otro. Se trata, en definitiva, de conseguir un marco legal eficiente, pero también justo y seguro.

No olvidemos que el Derecho busca la justicia y la seguridad jurídica.

Lima, julio de 2006